

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA DE DERECHO



**La eximente del ejercicio legítimo de la abogacía al delito de tráfico
de influencias en Perú, 2015-2017.**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL
TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

Autor:

Romero Remigio, Milagros

Asesor:

Dávila Román, Boris Jack

Huacho – Perú

2018

PALABRAS CLAVES

Eximente, ejercicios de la abogacía, tráfico de influencia, gestor de intereses.

Tema	La eximente del ejercicio legítimo de la abogacía al delito de tráfico de influencias en Perú, 2015-2017.
Especialidad	Derecho Penal – Delito contra la Administración Pública.

Exempt, advocacy exercises, influence traffic, interest manager.

Tema	The exemption from the legitimate exercise of the legal profession to the crime of influence peddling in Peru, 2015-2017.
Especialidad	Criminal Law - Crime against the Public Administration

Línea de Investigación: Derecho

DEDICATORIA

Se lo dedico a Dios mi Padre Celestial, a mi madre Rosina, y a mi abuela Adelaida, que me cuida desde donde se encuentra; porque ellas fueron quienes me inspiraron a llegar a esta etapa de mi vida, brindándome la base necesaria con amor puro y sincero; precisando que sin ese apoyo incondicional, no hubiese podido lograr este camino de esfuerzo, en un peldaño más en mi vida profesional.

AGRADECIMIENTO

Agradecimiento especial a mi madre; por el apoyo incondicional y la confianza brindada, en este pedregoso camino de la Ciencia del Derecho.

INDICE

Palabras claves.....	i
Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Índice.....	iv
Resumen.....	1
1. Descripción del Problema.....	2
❖ Problema.....	2
2. Marco teórico.....	4
2.1. Etimología.....	4
2.2. Conceptos.....	5
2.3. Definiciones.....	9
2.4. Teorías.....	10

Tráfico de Influencias

2.4.1. Bien	jurídico	
protegido.....		10
2.4.2. Sujetos	activo	y
pasivo.....		12
2.4.3. Las influencias tiene como verbo rector:		
“invocar”.....		13
2.4.4. Las influencias pueden ser “reales” o		
“simuladas”.....		14

2.4.5. Los objetos corruptores en el tráfico de influencias son: donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.....	16
2.4.6. Las influencias trascienden en casos judiciales y en casos administrativo.....	19
2.4.7. Elementos.....	21
2.4.8. Clasificación.....	22
2.4.9. Tipicidad subjetiva.....	22
2.4.10. El tipo penal del delito de Tráfico de influencias.....	23
2.4.11. Medios o elementos probatorios para la tipificación del delito de tráfico de influencias.....	25
2.4.12. Penalidad.....	27
2.4.13. La Reparación Civil derivado del delito de tráfico de influencias.....	27
 La eximente del ejercicio legítimo de la abogacía al delito de tráfico de influencias en Perú.	
2.4.14. ¿De qué modo resulta legítimo el ejercicio profesional del abogado?.....	29
2.4.15. La aplicación eximente del ejercicio legítimo de la abogacía en casos de tráfico de influencias.....	34

3. Análisis	del
Problema.....	37
3.1. Legislación	
Nacional.....	37
3.2. La Constitución Política del Perú.....	37
3.3. El Código Penal.....	38
3.4. Otras Normativas.....	39
3.4.1. La ley Orgánica del Poder Judicial.....	39
3.4.2. El Código de Ética del Abogado.....	39
4. Jurisprudencias, Precedentes Vinculantes o Plenos Jurisdiccionales	
4.1. Jurisprudencias.....	44
4.2. Plenos Jurisdiccionales (Acuerdo Plenario).....	46
5. Derecho Comparado.....	55
6. Conclusiones.....	60
7. Recomendaciones.....	61
8. Referencias bibliográficas.....	62
9. Anexo:	
- Análisis de un Caso Practico - Casación N° 374-2015.....	65

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad desarrollar la exigencia del ejercicio legítimo del abogado en casos de tráfico de influencias, a razón de que, el nivel de impunidad en dicho delito, se presentan con frecuencia y de manera muy irregular, quedando impunes los actos de corrupción en el sector público por la prueba insuficiente e ineficaz para tipificar como delito conductas ilegítimas, por lo que los casos en etapa preliminar se aperturan para luego ser archivados, y cuando son judicializados, los jueces archivan provisionalmente por carecer de pruebas idóneas y prevalece la corrupción.

Ahora bien, la corrupción no es un problema de instituciones como muchas veces se quiere dejar entrever, viene a ser un problema de personas, por falta de principios y valores en nuestro entorno. De modo que, dicha corrupción no debe repercutir en el ejercicio de la profesión del abogado, siendo que antes de tipificar una conducta, sobre todo la del abogado que está en ejercicio de sus funciones, se debe analizar si este tiene un actuar ilegítimo conforme al Código de Ética del Abogado, y si todos los elementos periféricos guardan relación para sancionar a dicho letrado.

Siguiendo esa misma línea, considero que se debe valorar tres componentes fundamentales: 1. El acto debe ser realizado por un abogado habilitado, 2. Debe haber un acto de abogacía, y 3. El acto debe estar dentro del ámbito del ejercicio de la profesión del abogado, a fin de no caer en el populismo penal y aplicar erróneamente la normativa, vulnerando el libre ejercicio de la profesión del abogado.

Por otro lado, de lo expuesto cabe resaltar que mi objetivo es atenuar el delito de tráfico de influencias con el endurecimiento de las penas e inhabilitación a los infractores, para reducir la comisión de dicho ilícito penal. A su vez, controlar las visitas de los letrados ante un Magistrado o Funcionario Público, dejando asentado sus datos en un Libro de registros.

1. DESCRIPCION DEL PROBLEMA

Los delitos contra la Administración pública en nuestro país llegaron a tomar mayor importancia con el descubrimiento y la reproducción de los videos en donde se pudo ver al ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres ofreciendo dinero y cerrando acuerdos junto con otros personajes vinculados a la política, canales de televisión, empresas, entre otros. Esos hechos dieron como resultado que se instruyeran numerosos procesos por delitos de corrupción de funcionarios, siendo que, uno de los que más trajo problemas de interpretación fue el delito de tráfico de influencias.

En específico, en el año 2014, se cuestionó el ejercicio profesional del abogado, tipificándolo como delito de Tráfico de Influencias. Un caso que dio origen a ello, fue el caso emblemático de Aurelio Pastor Valdivieso, quien fue denunciado por Corina de la Cruz Yupanqui, ex Alcaldesa de Tocache – San Martín, porque habría invocado influencias simuladas o reales a favor de la referida interesada, ante un Funcionario Público, ofreciendo a cambio de S/ 60,000.00 Soles, su intermediación con miembros del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Ministerio Público, a fin de evitar que se consuma un proceso de Vacancia desarrollado en contra de la referida ex Alcaldesa. Ante ello, fue acusado por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de Tráfico de Influencias, en agravio del Estado. En el proceso penal que se le siguió por el delito en mención, elevó el Recurso de Casación a la Sala y fue absuelto, generando de esa manera una polémica por el análisis entre la Legislación Peruana y el Código de Ética del Colegio de Abogados.

De tal manera, la Sala manifestó la doctrina dejando sus opiniones en la Casación N° 374-2015, pronunciándose en marco al Código de Ética del abogado, detallando las funciones legítimas del ejercicio de la profesión del abogado que lo justifican del delito de tráfico de influencias en la Legislación peruana.

En ese contexto, se ha visto la consideración por un sector de la doctrina de que si el vendedor manifiesta tener influencias que en realidad no posee no podría poner en peligro el buen funcionamiento de la Administración Pública al no tener algún vínculo real con el funcionario o servidor público que esté llevando el caso, ya sea este un caso judicial o administrativo, por lo que algunos autores doctrinarios opinan que en realidad ello es una manifestación del delito de estafa. Contrario a ello otro sector doctrinal opina que las influencias simuladas no pueden constituir un delito contra el patrimonio al no protegerse en este delito al comprador de las influencias, siendo que con esta modalidad se protege en específico el prestigio y buen nombre de la Administración Pública.

No obstante, el problema interpretativo que genera nuestro delito de tráfico de influencias está relacionado con el ejercicio de la profesión del abogado a dicho delito, interpretando que el accionar del abogado es en aras de ejercer influencias simuladas ante un funcionario o servidor público. En ese sentido, el artículo 400º del Código Penal describe textualmente que la venta de las influencias lo realiza aquel que, “invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público, que ha de conocer o este conociendo o hay conocido un caso judicial o administrativo”; sin embargo, el Código de Ética del Abogado, en su artículo 27º, en cuanto a la competencia, refiere que “Es deber del abogado defender el interés del cliente de manera diligente y con un elevado estándar de competencia personal”, del mismo modo, en su artículo 63º, en relación a las influencias, señala que “El abogado no debe utilizar medios que presenten una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, sin perjuicio del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Asimismo, el abogado debe instruir a su cliente que no debe ejercer influencia sobre la

autoridad apelando a vinculaciones (...) de amistad (...)”, además en su artículo 56º, respecto a la dádivas, hace alusión que “(...). El abogado debe instruir a su cliente que no debe ofrecer, directa o indirectamente, regalos, prestaciones en especie, ni otras dádivas o beneficios de cualquier índole a la autoridad (...)”.

En ese contexto, la doctrina nacional ha opinado que existe un vacío legal al tipificar la conducta del abogado al ejercer su profesión, cuando dicha conducta de acudir ante un funcionario o servidor público que este conociendo el caso de su patrocinada, se interprete como una influencia simulada, a sabiendas que es el código de ética del abogado quien le faculta ello, al margen de los medios y procedimientos permitidos por la ley, no solo por estar apersonado, sino también por actuar como gestor de intereses, ya que ello viene a ser parte de su ocupación de abogado conforme al Glosario de Términos del referido Código. Por lo que es necesaria una labor interpretativa del artículo en mención y poder concluir si es que en realidad existe un vacío legal o si es posible subsumir en el artículo 400º del Código Penal, el ejercicio legítimo de la profesión del abogado, confrontando lo regulado por el Código de Ética del Abogado.

El problema planteado con anterioridad demuestra que es necesario realizar un análisis con el fin de delimitar mejor el asunto y encontrar las soluciones pertinentes.

❖ PROBLEMA

¿En qué casos se justifica el ejercicio legítimo de la abogacía en delitos de tráfico de influencias en el Perú?

2. MARCO TEORICO

2.1. ETIMOLOGIA

Al respecto en el Diccionario Etimológico la palabra “influencia” es el efecto que un objeto, fenómeno, animal o persona ejerce sobre su medio ambiente inmediato y que modifica el comportamiento normal de éste cuando el agente está ausente. Se trata de una palabra derivada del participio activo del verbo latino *influre* (influir), *influens*, *entis*. Propiamente debería decirse “*influjo*” del latín *influxo* (acción o efecto de influir). Diccionario Etimológico. (2017). En: <http://etimologias.dechile.net/?influencia>.<http://etimologias.dechile.net/?simular>.

En cuanto al ejercicio de la profesión del abogado, la palabra “ejercicio” proviene del latín *exercitium* (ejercicio, práctica), nombre de efecto o resultado del verbo *exercitare* (ejercitar con frecuencia), un frecuentativo de *exercere* (poner en movimiento, hacer moverse o trabajar, ejercer y practicar, no dejar tranquilo). La palabra “profesión” proviene del latín *professio* y significa “ocupación, carrera”. Sus componentes léxicos son: el prefijo pro- (hacia delante), *fateri* (admitir, confesar), más el sufijo – sión (acción y efecto); y respecto a la palabra abogado proviene del latín *advocatus*. Uno pensaría en *vocatus* de “vocal” para clasificar a alguien que habla mucho, pero no es así. *Advocatus* derivó de la expresión latina “ad auxilium vocatus” (el llamado para auxiliar). En Roma, un acusado llamaba aun defensor experto en la materia jurídica para que lo ayudara a defender su causa. Entonces era que le hablaban al abogado, no que el abogado hablara mucho. DICCIONARIO ETIMOLÓGICO. (2017). En: <http://etimologias.dechile.net/?ejercicio>.<http://etimologias.dechile.net/?profesio.n>-<http://etimologias.dechile.net/?abogado>.

2.2. CONCEPTOS

Según Rojas Vargas Fidel (2007) la invocación de influencias reales o simuladas es la capacidad-posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada, utilizando ascendientes de distinto origen y naturaleza sobre el influenciado. O en palabras de Cugat Mauri, la influencia en tanto objeto central del intercambio puede definirse como cualquier situación de predominio o situación favorable en relación a centros de decisión. (Cugat Mauri Miriam, 1997 citado en Rojas Vargas Fidel, 2007). El contenido de la influencia nos remite a la presencia de un influjo o sugestión ejercida en tercera persona, sobre cuya voluntad formadora de decisiones el sujeto activo incidirá alterándola o conduciéndola a cursos decisorios predeterminados.

Por lo que vale decir que la influencia real o simulada, para nuestra figura penal siempre tendrá como destinatario al funcionario o empleado específico designados en la norma penal, mientras que lo que se le ofrece al interesado es la capacidad o posesión de dicha influencia, es decir, de acuerdo a nuestro modelo de tráfico de influencias, ya que no se trata de influenciar sobre este último sino de convencerlo a la entrega del donativo o a la promesa del mismo, lo que en otras palabras implicaría una venta de influencia.

Con respecto al ejercicio de la profesión del abogado el mismo autor refiere que el abogado siempre va pretender influir sobre el magistrado o sobre el servidor de justicia y en general sobre todo funcionario donde tiene interés inherente a su profesión. Dicha pretensión de influencia se va a manifestar mediante argumentaciones racionales, lazos de amistad, de estudios, familiares, favores, etc., siendo todo ello parte de un marco posible de actuaciones que al estar sujeto a un contrato de servicios profesionales aleja la posibilidad de observar tipicidad por delito de tráfico de influencias, siendo ello un acto ajustado

socialmente. Razón por lo que no descarta la posibilidad de que el abogado u otro profesional vinculado con la administración de justicia simulen una contratación laboral inexistente con el interesado para avalar una práctica de beneficios por actividades ilícitas de venta de influencias reales o simuladas.

Además, Reátegui Sánchez James (2015) explica que en la influencia simulada, resulta difícil encontrar un bien jurídico concreto que pueda ser materia de protección; se resalta un supuesto de peligro muy remoto tanto para el patrimonio del particular (en el caso que este acceda a comprar la influencia y el sujeto activo no cumpla su contraprestación) o para la imparcialidad del desempeño funcional (el funcionario público que se va a influir no tiene que conocer siquiera los tratos de los sujetos), por lo que entorno a ese supuesto hace tres precisiones:

- a. Lo que se sanciona aquí, no es el hecho de que se tengan las influencias, o de que se utilicen las mismas en un sentido reprochable, sino lo que se sanciona es el descrédito al cual se somete a la administración, cuando ante terceros se hace aparecer que basta con que el traficante ponga en movimiento sus influencias.
- b. El hecho de que se tipifique esta modalidad, llevaría a confusiones con el delito de estafa (art. 196 del CP), en la medida en que el sujeto activo estaría induciendo en error a otra persona, haciéndole creer que tiene unas influencias que en realidad no posee.
- c. Por último, las influencias pueden ser simuladas más no así el pacto o acuerdo que debe existir entre la víctima y el victimario, que ha de ser real; como tampoco la persona sobre la cual, al menos de manera supuesta, se posee la influencia, que ha de existir. Solo siendo verdaderamente influenciable el funcionario público, habrá

un verdadero pacto ilícito que agotará el tráfico, de tal manera que lo que puede ser simulado es la influencia sobre ellos, pero no su propia existencia, pues que en este último evento lo que se configura sería una estafa.

Del mismo modo, refiere que el delito de tráfico de influencia lo que reprime, en realidad, son supuestos de intermediación previa de un acto de cohecho pasivo, intermediación que realiza una persona “extraña” a la Administración Pública, pero dotado de un alto grado de influencia hacia determinados funcionarios o servidores públicos que ha de conocer, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Siendo que el tráfico de influencia ocurre cuando se ofrece en venta la “influencia” que se pueda tener en el funcionario público que tiene a su cargo un asunto de interés para el potencial comprador. También, refiere que el tráfico de influencia trata de un supuesto de intermediación punible, porque entre el “interesado” y el “funcionario” o “servidor público” que está conociendo o ha de conocer su caso judicial o administrativo, está precisamente el “traficante”, porque si no estuviese el traficante en esa posición intermedia, y el interesado “influye” directamente al funcionario o servidor público que este conociendo o ha de conocer su caso, dicho funcionario sería un cohechante pasivo siempre y cuando acepte o reciba dolosamente algún medio corruptor, y el interesado sería un cohechante activo, siempre y cuando ofrezca dolosamente dichos medios corruptores.

En ese contexto, Rojas Vargas Fidel (2007) ampliando su concepto expresa que la influencia real o simulada invocada se constituye en el objeto del delito que vincula en su estructura ideal a un sujeto que la posee con otro que la requiere para dirigirla o destinarla sobre un tercero *intransitus* a la administración pública, sobre el cual se pretende inducir o ganar su voluntad hacia el ámbito de decisiones deseables para el interesado. La influencia posibilita una especial

triangulación, permitida por la figura de tráfico de influencias, de llegar ésta hasta su fase de terminación-agotamiento, lo cual como es obvio no resulta exigible en la legislación penal peruana para consumir el tipo penal.

2.3. DEFINICIONES

La definición de invocación de influencias simuladas según Rojas Vargas Fidel (2007), refiere que es una interpretación teleológica que subsana la falta de concordancia con el sentido gramatical de la frase, atribuirse para sí, con relación a terceros, facultades de poder determinar o motivar comportamientos sobre otros, de modo tal que ello posibilite la consecución de propósito buscados por el interesado. Se trata así de actos de prevalecimiento-aprovechamiento de una situación de dominio o poder reales o aparentes. Esta invocación de influencias es la oferta lanzada por el sujeto activo del delito para obtener los beneficios que contempla la figura penal. (Hurtado Pozo, 2006 citado en Rojas Vargas Fidel, 2007).

El autor en mención Rojas Vargas Fidel (2007) citando a Ferreira Delgado, considera que este refiere que el traficante de influencias vende prestigio, mientras que el interesado compra influencias. Asimismo, el tráfico de influencias, ocurre cuando se ofrece en venta la “influencia” que se pueda tener en el funcionario público que tiene a su cargo un asunto de interés para el potencial comprador. (Reátegui Sánchez James, 2015, p. 746).

Ahora bien, respeto al ejercicio de la profesión de abogado esta es una actividad que tradicionalmente, se ha entendido en los términos precisos de la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, o sea lo define como “(...) defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos e intereses de los litigantes, también en dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le

consultan”, es decir, actuar en defensa de causas ajenas ante estrados judiciales, o emitir conceptos jurídicos.

2.4. TEORIAS

TRÁFICO DE INFLUENCIAS

2.4.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

El autor Rojas Vargas Fidel (2007) citando a Luis Alberto Bramont-Arias Torres, refiere que este tiene similar opinión en cuanto al razonamiento que tiene por considerar que el bien jurídico protegido que resulta comprometido en el delito de tráfico de influencias regulado en el artículo 400º del Código penal peruano, es el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública; específicamente la administración de justicia jurisdiccional o administrativa. En ese contexto, refiere que en tanto el bien jurídico genérico u objetivo penal de tutela, no toda la administración pública es la que se ve puesta en peligro, ya que nuestro modelo no ha extendido, como si lo hacen otras legislaciones, el destino de la acción ilícita a todo el contexto de los funcionarios, sino solamente a los taxativamente contemplados en la norma penal. En ese sentido si pensamos en el bien jurídico que protegen los delitos contra la Administración Pública, estamos pensando en proteger sus servicios, sus procesos, su funcionamiento como tal. Así, el bien jurídico identificado sería el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”, de tal manera que, en el conjunto de delitos que afectan este bien jurídico tendremos que determinar el objeto de protección, el defecto del sistema, a través del cual se da la afectación.

Por otro lado, a nivel jurisprudencial, en el IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria del 2015 consideran, en su Acuerdo N°3 que existen dos bienes jurídicos distintos para cada modalidad del delito, siendo los siguientes:

1. El correcto funcionamiento de la Administración Pública para el tráfico de influencias reales.
2. El prestigio y buena imagen de la Administración Pública para el tráfico de influencias simuladas.

De esta manera, al tener dos opciones de bienes jurídicos protegidos, también se debe tener como referencia las dos modalidades del delito de tráfico de influencias (reales y simuladas), a fin de determinar el grado de afectación de los mismos en cada una de ellas. Teniendo en cuenta que de acuerdo a *Rojas Varga*, el tráfico de influencias *reales*, consiste en invocar nexos familiares o amicales, relaciones de trabajo o favores debidos, situaciones de prestigio u autoridad entre el traficante y un funcionario público. Mientras que, el tráfico de influencias *simuladas*, consiste en una falsa percepción respecto de los poderes o influencias sobre funcionarios públicos que, en realidad, el traficante no tiene.

No obstante, la división de bienes jurídicos, no parece apropiada, ya que el primero de los bienes jurídicos mencionados por el Pleno, es el bien jurídico tutelado de manera general para todos los delitos contra la Administración Pública; siendo que lo que se requiere es buscar el “objeto de protección del bien jurídico”, no el “bien jurídico”, ya que solo el objeto de protección nos dará los límites de afectación del bien jurídico. En ese sentido, decir que el objeto de protección del tráfico de influencias es el correcto funcionamiento de la Administración Pública no tiene un significado sustantivo, más allá

del retórico. Mientras que, el prestigio y buena imagen de la Administración Pública, al ser un bien jurídico vago y que depende en gran medida de la percepción de los ciudadanos, no parece ofrecer argumentos para que su vulneración sea merecedora de pena.

2.4.2. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO.

➤ Sujeto activo.

Según la norma peruana el sujeto activo sería cualquier persona, podría ser un particular, un funcionario o servidor público, a razón que la norma no ha hecho distinciones y menos ha considerado criminalizar con mayor pena cuando el sujeto activo es un funcionario público o una autoridad.

En ese sentido, el autor Reátegui Sánchez James (2015) ratifica que el primer párrafo del artículo 400° del C.P., establece que cualquier persona puede realizar la conducta, por lo tanto se trata de un sujeto activo indeterminado. Asimismo, señala que el autor del delito de tráfico de influencias es propiamente el traficante de influencias, quien como acto ejecutivo simplemente ofrece su intercesión ante un funcionario o servidor público invocando influencias, reales o simuladas, a cambio de lo cual recibe una ventaja u obtiene una promesa disimulada, la que no necesariamente ha de tener una connotación económica.

De tal manera, acorde a lo antes expuesto se puede advertir que se está ante la presente de un delito común, es por esa razón que el tipo penal no exige que el sujeto activo ostente determinadas condiciones particulares o especiales, toda vez que dicho ilícito puede ser cometido por cualquier persona, es decir puede ser cometido por un anónimo “el que”, esa fórmula neutra es con la que el tipo de lo injusto describe al autor de una manera indeterminada.

➤ **Sujeto pasivo.**

El sujeto pasivo viene a ser el Estado, en tanto que es depositario del bien jurídico agredido. Tal es así que el funcionario sobre el que se pretende ejercer la influencia no puede ser sujeto pasivo del delito. No obstante, al ser el Estado el sujeto pasivo en forma genérica, en el delito de tráfico de influencias se debe identificar a una Institución específica que sufre los daños causado por el delito en mención.

En ese sentido, se advierte que el Estado está dividido en dos sujetos pasivos, el principal que es la Institución en concreto y el estado de manera general. Entonces, se distinguen dos momentos de agravio: en primer lugar, el **sujeto pasivo del delito** (como titular del bien jurídico protegido), tanto en el primer párrafo como en el segundo, lo será genéricamente el Estado peruano; por otro lado, el **sujeto pasivo de la acción** lo será concretamente la Institución Pública (concretamente la Administración Pública en el plano de la justicia Jurisdiccional y en el plano de la justicia Administrativa, véase el artículo 401º del Código Penal), al

cual pertenece no el sujeto activo (porque es el traficante), sino aquel funcionario o servidor público el cual está siendo influenciado por el sujeto activo. (Reátegui Sánchez James, 2015, p. 757).

2.4.3. EL VERBO RECTOR “INVOCAR” DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

La influencia es aquella capacidad o posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada. Tal es así que, según el autor Reátegui Sánchez James (2015) la influencia adquiere solo relevancia penal en la medida que esta sea realizada mediante el uso de “invocar” determinación, situación-abuso de poder de cargo, o de relación jerárquica o personal-no constituyendo delito de tráfico de influencias la conducta del particular que influye en otro funcionario sin hacer uso de dicha invocación, pues el tipo penal limita la acción mediante un medio determinado. Toda vez que, invocar es anunciar, propalar que se tiene una determinada condición o calidad (que, en el caso que nos ocupa, ha de ser en relación con el funcionario que debe conceder el supuesto favor).

Ahora bien, en relación a lo antes señalado cabe decir que el vocablo “invocando”, se conoce como “venta de humo”, consistente en la “afirmación” o la “atribución” de que el sujeto tendría capacidad de influir en un funcionario público, cualquiera que sea el origen de la influencia (amistad, parentesco, favores debidos, etc.). (Reátegui Sánchez James, 2015, p. 762).

2.4.4. LAS INFLUENCIAS PUEDEN SER “REALES” O “SIMULADAS”.

A) Las influencias reales.

Antes se debe entender que “influencia”, es el sinónimo de poder, autoridad, dominio, ascendiente, preponderancia o capacidad para determinar o modificar tendencias culturales, opiniones, actitudes, etc.; en ese sentido, se advierte que el núcleo de la acción consiste en influir, el cual significa: “ejercer una persona o cosa predominio, o fuerza moral”, según el Diccionario de la Real Academia. En ese sentido, se entiende que la acción consiste en “influir”, la efectiva consecución de un cambio de decisión, es decir altera la voluntad de quien la sufre.

En otras palabras, el autor Reátegui Sánchez James (2015) refiere que las influencias son reales cuando efectiva y realmente sean existentes, que verdaderamente el sujeto activo tenga el poder sobre la voluntad del funcionario público que ha de conceder el favor. Tal es así que, si el agente invoca influencias reales, significa que tiene la capacidad, es decir, el poder efectivo de influir sobre el funcionario; además, si su ofrecimiento de interceder ante este es serio, se puede admitir que este comportamiento podría afectar el funcionamiento de la Administración Pública, en particular si el funcionario o servidor público conoce el caso.

También, ha de tenerse en cuenta que mediante el artículo 1º de la Ley N° 29703, publicado el 10 de junio del 2011, tiene consignado el artículo 400º del Código Penal, en el cual se hace alusión a las influencias reales.

B) Las influencias simuladas.

En cuanto a las influencias simuladas debo recalcar que esta tiene un regreso dentro del delito de tráfico de influencias mediante la Ley N° 29758.

Ahora bien, las influencias pueden ser simuladas más no así el pacto o acuerdo que debe existir entre la víctima y el victimario, que ha de ser real; como tampoco la persona sobre la cual, al menos de manera supuesta, se posee la influencia, que ha de existir. Solo siendo verdaderamente influenciable el funcionario público, habrá un verdadero pacto ilícito que agota el tráfico, de tal manera que lo que puede ser simulado es la influencia sobre ellos, pero no su propia existencia, pues que en este último evento lo que se configura sería una estafa. (Reátegui Sánchez James, 2015, p. 761). Además, a de advertirse que en ello es difícil encontrar un bien jurídico concreto que pueda ser materia de protección.

2.4.5. LOS OBJETOS CORRUPTORES EN EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS SON: DONATIVO, PROMESA O CUALQUIER OTRA VENTAJA O BENEFICIO.

Según el autor Rodríguez Delgado Julio A. (2002) para que se configure la tipicidad objetiva del delito sub-examine, se requiere que el sujeto solicitante o beneficiado realice una propuesta de ventaja, para que el sujeto activo configure la conducta ilícita mediante los verbos típicos "recibir, hacer dar o prometer donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio". Con este elemento, se evidencia la necesidad del

pacto ilegal entre el traficante y el solicitante. Para la configuración del delito se requiere del "consentimiento", vocablo que proviene del latín *sentire cum*, que significa "sentir juntos". El consentimiento es el resultado de la integración armoniosa y conjunta de las declaraciones de voluntad de las partes. Dos o más sujetos coinciden en la declaración de voluntad, uniéndose a un fin común. También existe consentimiento cuando hay conformidad de la oferta con la aceptación. Para que hubiese consentimiento, éste se tiene que formar en el momento que las declaraciones de voluntad de una y otra parte tienen un mismo contenido. No existirá acuerdo mientras no se compruebe que ambas partes han querido algo, de igual modo que tampoco se produce efecto alguno cuando cada parte quiera en solitario.

Asimismo, el autor antes mencionado refiere que el consentimiento es a la vez la voluntad de cada parte y el acuerdo de sus respectivas voluntades. De tal manera que, cabe recalcar que no existiendo aceptación de la oferta, no habría consumación del delito. Por otro lado, citando a Rojas Vargas, indica que este señala claramente que la simple sugerencia u oferta hecha por una persona para interceder implica tan sólo un acto preparatorio. En definitiva, para la consumación del delito de Tráfico de Influencias basta única y exclusivamente con que el sujeto activo (traficante de influencias) reciba la promesa de obtener una determinada ventaja por parte de un tercero (solicitante de influencias). Por lo tanto, en concordancia con lo previsto en el artículo IV del Título Preliminar (Principio de Lesividad) y en el artículo 16º del Código Penal, los actos preparatorios son impunes, siendo absolutamente atípica la conducta de aquellas personas que sólo escuchan al traficante y no aceptan su ilegal propuesta. Tampoco se comete tráfico de influencia cuando se

solicita a otro particular que ejerza sus posibles influencias sobre un funcionario público, si el tenedor de influencias no obtiene ningún tipo de ventaja o promesa a cambio, faltando en estos casos uno de los elementos indispensables para que se configure el tipo pena, siendo que "La simple oferta es un acto preparatorio, el pacto subsiguiente es ya ejecución del delito". En ese aspecto, toda ésta actividad previa implica la realización de actos preparatorios, que serán impunes para las personas que no aceptan las propuestas del sujeto activo.

Ahora bien, en el artículo 400º de nuestro Código Penal se prevé lo siguiente: "El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hacer dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio (...)".

Al respecto, sobre el término "donativo" el autor Hurtado Pozo José (2006) refiere que "El término donativo está mal empleado, pues proviene del verbo donar que significa 'traspasar graciosamente a otro algo o el derecho que sobre ello tiene'. Por lo tanto donativo significa 'Dadiva, regalo cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios'. En la disposición analizada, no se trata de ninguno de estos casos. El tercero no entrega gratuitamente al agente la cosa (en el caso de 'recibir'), sino como precio o retribución del ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor público. Lo que debe retenerse es que el objeto materia del acto es algo de valor que beneficia a quien lo recibe". En ese sentido, el término "donativo" en el artículo 400º del Código Penal del Perú, es considerado como aquel bien dado o prometido a cambio de la influencia efectuada por el agente.

Por otro lado, en cuanto al término “promesa”, el mismo autor antes mencionado Hurtado Pozo José (2006) señala que “tampoco es acertado el uso de la palabra ‘promesa’ para designar el objeto del delito. En primer lugar. Porque si bien se pueden recibir o hacer dar promesas, no es coherente, como ya lo hemos destacado, hablar de ‘hacer prometer promesas’. En segundo lugar, porque no se indica el contenido de la promesa. Hay que pensar que se trata de promesas referentes a donativos o a cualquier otra ventaja. Esta incongruencia se debe a que el legislador se inspiró sin mayor reflexión en el Código Penal Colombiano e, indirectamente, en el Italiano, en los que se habla de ‘hacer prometer’, pero en referencia a dinero, dádivas u otra utilidad. Ignorar el término promesas no afecta la economía de la disposición; permite comprender mejor su sentido”. En ese contexto, vale decir que con relación al medio corruptor “promesa”, este tendría que remitirse a lo ya anotado con relación al delito de cohecho, el cual es un delito que implica la entrega de un soborno para corromper a alguien y obtener un favor de su parte.

2.4.6. LAS INFLUENCIAS TRASCIENDEN EN CASOS JUDICIALES O EN CASOS ADMINISTRATIVOS.

En el delito en mención, para completar la tipicidad del delito, en el artículo 400º de nuestro C.P., refiere que el traficante tiene que influenciar sobre un funcionario o servidor público que ha de conocer este conociendo o haya conocido un caso “judicial” o “administrativo”.

En relación a ello, Reátegui Sánchez James (2015) refiere que en cuanto lo “judicial”, se trata de casos que involucren procesos seguidos ante el Poder Judicial, en cualquiera de las instancias correspondientes

(Jueces de Paz, Jueces de Paz Letrados, Jueces Especializados, Jueces Superiores o Jueces Supremos) o especialidades (Civil, Penal, Contencioso-Administrativo, Laborales, Constitucionales, etc.). De tal manera que detalla de manera independiente el supuesto de un “caso judicial” y un “caso administrativo”, de la siguiente manera:

1. Casos judiciales.

Se trata de casos que involucren procesos seguidos ante el Poder Judicial, en cualquiera de las instancias correspondientes (Jueces de Paz, Jueces de Paz Letrados, Jueces Especializados, Jueces Superiores o Jueces Supremos) o especialidades (Civil, Penal, Contencioso-Administrativo, Laborales, Constitucionales, etc.); se tiene que tratar de procesos judiciales en trámite o giro, es decir, que no haya todavía un pronunciamiento sobre el fondo del caso, que es lo que finalmente busca el traficante y el interesado, influenciar en el fondo del caso. Aunque pueda darse alguna excepción: se puede traficar influencias sobre procesos fenecidos, que han terminado por cualquier motivo (por sentencia, por excepción, etc.) y que este en la Oficina de Archivo de una Corte Superior.

2. Casos administrativos.

Se trata, en otras palabras, de procesos o procedimientos seguidos en la Administración Pública en cualquiera de sus instancias o niveles; es decir, procesos disciplinarios de Control Interno, procesos de Derecho Administrativo Sancionador, procesos administrativos seguidos ante la Administración Tributaria, Aduanera, etc. La

pregunta sería ¿Si una investigación preliminar en el viejo modelo procesal penal, o Diligencias Preliminares, en el nuevo modelo procesal, dirigidas ambas por el Ministerio Público, sería considerado como un caso “administrativo”? Si somos estrictos a la norma vigente, concluimos que definitivamente una investigación fiscal no podría ser equiparada a una investigación de corte administrativo.

Por otro lado, apoyando el comentario del auto antes citado, no solamente deberían existir los dos supuestos en mención, sino también debería ser extendida a una investigación policial, porque en realidad esta depende funcionalmente del Ministerio Público. Entonces, si esto es así, si el traficante influye en un Fiscal o un miembro Policial, que está conociendo o haya conocido un caso “fiscal” o “policial”, que todavía no está en sede jurisdiccional, al igual que el autor, creo que ello también debería considerarse como un delito de tráfico de influencia o bueno, si no fueron considerados esos otro dos supuestos, será que ¿el legislador no los considera delito? Ahora bien, será que ¿el legislador penal nacional pensó que solo existían dos grandes procesos en el sistema jurídico?, y se olvidó inconscientemente de los procesos pre-jurisdiccionales en materia penal: fiscales y/o policiales. A mi parecer el legislador debería evaluar ello, porque si nos remitimos a la práctica se podrá observar que el tráfico de influencias tiene raíz desde el inicio de una investigación es por ello que muchas veces algunos casos debido a las influencias con las que cuenta un sujeto activo (el traficante), los casos y/o investigaciones culminan en las diligencias preliminares.

2.4.7. ELEMENTOS

Conforme al análisis realizado al artículo 400º del C.P., se determina que sus elementos son tres modalidades delictivas:

- a) **Acto preparatorio:** Atribuirse poseer influencias ante un funcionario o servidor público.
- b) **Acto ejecutivo:** Tráfico de la propia mediación (intercesión) a nivel de ofrecimiento o de objetivización.
- c) **Acto consumativo:** Recepción del dinero, utilidad o promesa (donativo, promesa o de cualquier ventaja).

2.4.8. CLASIFICACIÓN

El delito de tráfico de influencias se clasifica por tres comportamientos típicos:

- ✚ Invocar o tiene influencias reales o simuladas.
- ✚ Recibir o hacer dar o prometer, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para sí o para un tercero.
- ✚ Ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

2.4.9. TIPICIDAD SUBJETIVA

Para la configuración de la tipicidad subjetiva, el tipo penal exige que exista un comportamiento doloso en el sujeto activo, tal es así que, para el delito de tráfico de influencias es necesario que se configure el dolo directo para el perfeccionamiento de la tipicidad subjetiva. Ahora bien, siendo que el sujeto pasivo al atribuirse capacidad de influenciar sobre el Juez y los servidores públicos de la órbita de la administración de justicia así como al ofrecer interceder, este sujeto está dirigiendo intencionalmente su accionar hacia la puesta en peligro del bien jurídico y la obtención de provecho económico. (Rojas Vargas Fidel, 2007, p. 798).

En ese mismo sentido, vale decir que el dolo o componente subjetivo principal del delito comprende tanto el conocimiento que tiene el agente de cada uno de los componentes típicos objetivos y normativos. En efecto, la presencia del dolo, abarca no solamente el acto mismo de vender la influencia, sino también el compromiso de interceder en el futuro ante un funcionario público. (Reátegui Sánchez James, 2015, p. 768).

En relación a ese contexto, Reátegui Sánchez James (2015) refiere que hay que tener presente que si el beneficio económico, ni siquiera la resolución misma, constituyen un resultado incluido en el tipo, que se necesita para perfeccionar el tipo. Este delito opta por anticipar una vez más el marco de protección penal a la mera zona de peligro, y por tanto esos dos elementos: resolución y ulterior beneficio económico, operan tan solo como partes integrantes del elemento subjetivo del injusto.

2.4.10. EL TIPO PENAL DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

En el delito de tráfico de influencias para determinar si el comportamiento del agente es típico debe configurarse los tres supuestos del tipo penal, es decir el hecho para ser considerado ilícito debe ser típico, antijurídico y culpable, en ese sentido, el tipo penal recogido en el primer

párrafo del artículo 400° del Código Penal sanciona a quien invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que conocerá, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Para lo cual la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 374-2015-Lima, de fecha 13 de noviembre del 2015, lo analiza de la siguiente manera: a) El núcleo rector se encuentra expresado con la frase “invocando influencias con el ofrecimiento de interceder”, esta expresión marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción. b) Las frases “recibir, hacer dar o prometer” configuran modalidades delictivas, que no bastan para configurar el delito. c) “Donativo, promesa o cualquier ventaja” son los medios corruptores. d) “Con el ofrecimiento de (...)” constituye el comportamiento teleológico de la conducta, es el destino de la acción ilícita; en consecuencia, para que la conducta sea **típica** debe analizarse sobre si la conducta encaja en el tipo penal y es aceptada socialmente, para determinar si individualmente el ordenamiento jurídico lo autoriza, es por ello que debe limitarse al verbo recto “invocar influencias”, el cual consistiría que el sujeto tendría que tener la capacidad de influir en un funcionario público, es decir, el agente sin legitimidad para obrar invoca la capacidad o posibilidad de orientar o manipular la conducta de este en una dirección determinada. Asimismo, **la antijuricidad** implica doble análisis sobre la conducta del sujeto activo: a) Antijuricidad formal, cuando la conducta sea contraria al ordenamiento jurídico. b) Antijuricidad material, cuando la conducta lesione el bien jurídico, es decir que al cumplirse ello la conducta del sujeto activo no sería justificada, no obstante, la Sala Penal Permanente citando a Hurtado Pozo, José y Prado Saldarriaga, Víctor (2011) refiere que la conducta del sujeto activo que lesiona un bien jurídico al desarrollar una profesión u oficio, no será antijurídica si es que se realizó de acuerdo al ordenamiento jurídico, en el cual, el agente haya actuado respetando las normas constitucionales y

dentro del marco legal, general o especial, pertinente, en atención al principio de interés preponderante, el cual es la eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Por su parte, la Sala Penal Permanente también hace un análisis de constitucionalidad de las limitaciones establecidas por ley respecto al libre ejercicio de la profesión, citando al Juez Supremo Villa Stein, quien ha señalado que el acto estará justificado si: a) La profesión u oficio son lícitos; b) La actuación no rebase la *lex artis*; y c) El propósito de la intervención se refiera a uno de su profesión u oficio.

Por otro lado, en cuanto a **la culpabilidad** José Hurtado Pozo (2005) refiere que el nivel de culpabilidad puede influir en la formulación de reproche que se hace al agente de no haber actuado conforme a derecho teniendo la capacidad de hacerlo. En este nivel lo importante es saber si el imputado tenía razones suficientes para creerse con derecho a actuar de la manera como lo hizo (error sobre el carácter ilícito del acto típico). Como en principio sabe que su comportamiento es contrario a derecho, puede acontecer que crea actuar bajo la protección de una circunstancia de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, acto permitido u ordenado por la ley, etc.). No es suficiente, por el contrario, el hecho de que se trate de un comportamiento frecuentemente permitido y tolerado (no reprimido eficazmente) para creer que ha dejado de ser ilícito, sobre todo, cuando en la realización de la infracción está comprometida una persona que forma parte del aparato estatal que, por su función, debería hacer respetar los mandatos del ordenamiento jurídico (el hecho de que los «pillos» tengan la vía libre no significa que todos pueden contribuir a que cometan sus fechorías y a aprovecharse de ellas).

Al respecto, ante lo antes expuesto se entiende que el tipo penal debe causar un daño al bien jurídico, pero precisamente respecto a la culpabilidad del delito de tráfico de influencias, se requiere de la voluntad y el conocimiento por parte del funcionario o autoridad de realizar la conducta de

influir, toda vez que, en mi opinión es que la influencia va unida directamente al dolo, pero un dolo de primer grado directo, siendo que ello significa que el resultado de la acción es el fin del autor de la acción; tal es así que, cuando un funcionario o autoridad realiza la conducta de influir lo hace por mera voluntad y por supuesto con conocimiento de ello, entonces, estaríamos ante una conducta dolosa, porque lo realizan con conocimiento y voluntad, es decir el sujeto sabe lo que hace y quiere hacer.

2.4.11. MEDIOS O ELEMENTOS PROBATORIOS PARA LA TIPIFICACION DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Si se trata de probar que ha mediado influencia en un asunto lo lógico y prioritario será tener un concepto claro de cuál es el “thema probandi”. Para ello es preciso fijar el contenido de la influencia típica. La influencia típica debe hallarse entre uno y otro extremo. En concreto, en la presión psicológica con prevalimiento de cualquier relación, que interfiera en el proceso motivador de forma idónea o, en su caso, eficaz.

Atendido el contenido típico de la influencia, para su prueba servirá la constatación de una relación personal o jerárquica entre el autor de la resolución y el beneficiado por la misma, pero no bastará con ella. La jurisprudencia insiste en que no es suficiente la evidencia de la mera relación personal entre quien resuelve y quien se beneficia y el lucro obtenido por el segundo, pues no puede excluirse la posibilidad de que el funcionario oficioso o deseoso de agradar decida motu proprio la adopción de una resolución favorable para su amigo o conocido, sin necesidad de que el agraciado influya directamente sobre él. En otras palabras, la influencia no existe siempre que uno sienta que debe responder a las expectativas de otro.

Por otro lado, en la medida en que la comunicación de los propios intereses o aspiraciones es algo consustancial a la naturaleza de las relaciones personales, la prueba del diálogo podría servir para demostrar la existencia misma de la relación y todo lo que conlleva pero todavía no de la presión. En suma, ni puede confundirse la manifestación de un deseo con la presión para obtenerlo, ni es lo mismo presionar que sentirse presionado. Es preciso probar la relación de causalidad entre la resolución y las gestiones antecedentes, que se alzaría como uno de los mayores obstáculos a la apreciación del delito.

En este punto, buena parte del problema probatorio radica en que, incluso ante la presencia de testigos o grabación de las comunicaciones, las expresiones y tono empleados pueden ser los mismos para el hecho atípico de sugerir que para el típico de presionar, pues la fuerza de convencimiento no depende sólo de lo que se haya podido pronunciar, oír o grabar, sino también de su especial significado para unos sujetos determinados y la especial receptividad y sensibilidad de uno hacia los designios de otro. En este contexto y ante la insuficiencia del mero dato de las conversaciones previas, pueden adquirir especial relevancia otros hechos periféricos al delito, como los preparativos del negocio con cuya segura obtención se cuenta, o el previo cobro del precio de la influencia.

No obstante, muchas veces los imputados intentan cuestionar los vídeos y fotografías alegando que se ha vulnerado su derecho a la intimidad y que, por consiguiente, dichos documentos constituyen prueba prohibida.

2.4.12. PENALIDAD

En este delito de tráfico de influencias, la pena privativa de libertad de libertad será no menor de 04 ni mayor de 06 años, el cual es una penalidad intermedia pensada en función a criterios político-criminal

cometidos por cualquier sujeto activo. Por otro lado, cuando el agente sea un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 04 ni mayor de 08 años.

2.4.13. LA REPARACIÓN CIVIL DERIVADO DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

El procedimiento para individualizar la adecuación del daño en el delito de tráfico de influencias, se vale de un juicio *ex ante*: “se remonta al momento de la acción y se juzga como si el evento debiese aún producirse”. Así, para establecer cuál es la causa de un daño conforme a esta teoría es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir o regular normalmente, un resultado; y ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto. (Rojas Vargas Fidel, 2007, p. 19), y no se hubiera causado un daño a la actividad pública, concretamente, a su “correcto funcionamiento”. En efecto, lo que el funcionario público lesiona es la “identidad” de la institucionalidad, entendida como un atributo básico del Estado de Derecho, en el cual sus órganos y representantes, tienen el imperativo de actuar en pos del bien común, aplicando las normas imparcialmente y sirviendo a los ciudadanos, más no adquiriendo un comportamiento ilícito, que lesione el interés de la colectividad, a gozar de una administración eficiente, eficaz, económica e imparcial.

Ahora bien, según la doctrina las denuncias penales, como en las acusaciones fiscales y en las sentencias, abogados, fiscales y jueces omiten el análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, entendiendo que la reparación civil es un mero apéndice de la identificación

del tipo penal. El análisis de la responsabilidad penal es independiente y distinto del análisis de la responsabilidad civil, por ello es imperativo efectuarlo. Sólo con el ánimo de individualizar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, éstos son:

- a) La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
- b) La ilicitud o antijuridicidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- c) El factor de atribución, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- d) El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- e) El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado. Creo pertinente incidir en el descuidado análisis causal, desde el punto de vista de la responsabilidad civil (no penal). Así, el objeto del **nexo causal** tiene doble relevancia:
 - ✓ Para el aspecto del evento lesivo (causalidad fáctica), se procede a la reconstrucción del hecho a los efectos de imputación de la responsabilidad.
 - ✓ Para el aspecto del daño resarcible (causalidad jurídica), se determinan las consecuencias dañosas

que el responsable deberá resarcir. La reparación civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado: ¿qué derecho no patrimonial se lesiona? Parte 1: En. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cen docbib/con4_uibd.nsf/F17FBFB805AA55A405257E7C006E7BFF/\\$FILE/ius360_Reparaci%C3%B3n_civil.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cen docbib/con4_uibd.nsf/F17FBFB805AA55A405257E7C006E7BFF/$FILE/ius360_Reparaci%C3%B3n_civil.pdf)

LA EXIMENTE DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DE LA ABOGACÍA AL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN PERÚ.

2.4.14. ¿DE QUÉ MODO RESULTA LEGÍTIMO EL EJERCICIO PROFESIONAL DEL ABOGADO?

En principio es menester saber la definición del término “profesión”, para lo cual vale decir que según lo referido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en la Casación N° 374-2015-Lima, de fecha 13 de noviembre del 2015, en su apartado décimo sexto, el término “profesión” vendría a ser el ejercicio de una carrera, oficio, ciencia o arte, u ocupación principal de una persona, por lo que, la previsión legal incluye con mayor razón a la profesión del abogado.

Por otro lado, conforme al Diccionario de la Lengua Española el término “abogado”, se refiere al “Licenciado en derecho que ofrece profesionalmente asesoramiento jurídico y que ejerce la defensa de las partes en los procesos judiciales o en los procedimientos administrativos”. En relación a ello, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 374-2015-Lima, de fecha 13 de noviembre del 2015, citando al Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3833-2018-AA/TC, de fecha 30 de junio de dos mil diez, en su apartado vigésimo cuarto, también define que el abogado es el profesional del derecho que ejerce, entre otros servicios, la dirección y

defensa de las partes en los procesos judiciales; asimismo, está al servicio y beneficio de la sociedad, por lo que su puesta en práctica debe estar imbuida de normas éticas y deontológicas. Además, en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que el abogado tiene derecho a defender o prestar asesoramiento a sus patrocinados ante las autoridades judiciales, parlamentarias, políticas, administrativas, policiales y militares, ante las entidades o corporaciones de derecho privado y ninguna autoridad puede impedir este ejercicio.

Asimismo, el Código de Ética del Abogado define a la abogacía como “(...) la profesión liberal. Cumple una función social al servicio del Derecho y la Justicia. Su objetivo esencial es la convivencia social de los hombres como fuente fecunda de paz, libertad, progreso y bienestar general”. Además, la Sala Penal Permanente también señala que en el glosario de términos del referido Código de Ética del Abogado se define al ejercicio de la profesión del abogado como aquel que posee diversas manifestaciones, en las que incluye desempeñarse como litigante, asesor legal, gerente legal, gestor de intereses, árbitro, conciliador, congresista, docente, fiscal, funcionario público, magistrado, investigador, comentarista en asuntos jurídicos y todo aquel otro trabajo profesional o académico donde el abogado utilice dichos conocimientos. Entonces, indica que la actividad del abogado tiene que ver con todo lo que realice en materia jurídica: litigar, juzgar, enseñar, etc.; no obstante, también se encuentra dentro del ejercicio de sus funciones, el asistir a su defendido o patrocinado precisamente en función de sus intereses individuales, realizando una función de apoyo técnico, sin virtualidad decisoria. Por otro lado, aquel letrado que ejerce como abogado de manera particular, sus actividades se puede dividir en tres: a) Actividades de transacción; b) Asesoría Jurídica, y c) Defensa en un proceso o procedimiento.

Por otro lado, en cuanto al ejercicio de la abogacía, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la

Casación N° 374-2015-Lima, de fecha 13 de noviembre del 2015, hace alusión en su apartado trigésimo tercero que, el abogado desde el punto de vista legal debe actuar con sujeción a ley, desde lo ético, a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; siendo que esto es un contenido básico que permite el ejercicio de la abogacía. Frente a ello, el tipo penal del tráfico de influencias se opone a la actividad del abogado, toda vez que algunas conductas no tiene respaldo jurídico. Se debe precisar, de conformidad con el considerando Décimo Segundo que el acto que se analiza para establecer la tipicidad y antijuricidad de la conducta de tráfico de influencias es la que ocurre desde los actos ejecutivos hasta la consumación, es decir, los actos de ofrecer las influencias, y recibir un beneficio o promesa a cambio; por ende, los posteriores del abogado no podrán ser evaluados respecto este delito, pero sí de conformidad con otros tipos penales, como el cohecho.

Ahora bien, respeto al ejercicio de la profesión del abogado, refiere que abarcaría el ejercicio del patrocinio judicial y/o administrativo, la consultoría o asesoría, la función jurisdiccional o notarial y cualquier otra para la cual se exija el título de abogado, y el cual está regido en el Código de Ética del Abogado.

Al respecto, en mérito a lo antes expuesto ha de verse que hay normas que regulan la legitimidad de la actividad del abogado tanto la Ley orgánica del Poder Judicial al señalar en su artículo 284, que la abogacía es una función social al servicio de la justicia y el Derecho, y más aún que el Código de Ética Profesional, en su artículo 289, señala que el abogado tiene como derechos, el defender con independencia a quienes se lo soliciten en cualquier etapa del proceso; concertar libremente sus honorarios profesionales, como también ser atendido personalmente por los Magistrados, cuando así lo requiera el ejercicio de su patrocinio; tal es así que, si el abogada realiza conductas que no están enmarcadas por el Código de Ética del abogado, este estará infringiendo la ley adecuándose su

conducta al tipo penal de tráfico de influencias, porque tal vez pueda haber invocado influencias reales o simuladas. Entonces, se entiende que la función del abogado es defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos e intereses de sus patrocinados o clientes, además, de brindarles asesoramientos en distintos aspectos legales y jurídicos. Pero hay que tener en cuenta que para ejercer la abogacía a título legal y cumplir con las funciones antes mencionadas, en la mayoría de ordenamientos jurídicos es requisito imprescindible haber cursado la carrera de Derecho hasta alcanzar el nivel equivalente de Licenciatura, valga decir haber obtenido el Grado de Bachiller y la Titulación. Posteriormente, es preciso estar inscrito en un Colegio de Abogados. Por lo que vale decir que para el abogado no existe la especialización legal como tal, pues los abogados lo son a título general. El abogado es un profesional cuyo objetivo fundamental es colaborar en la defensa de la Justicia; toda vez que, entre las funciones de los abogados pueden distinguirse las que le son a título propio, es decir, las actuaciones judiciales, de las funciones extrajudiciales: contratos privados, compromisos, gestión de arbitrajes, etc. De tal forma, no podemos olvidar que la principal función de un abogado es la preventiva, que se hace efectiva normalmente a través del asesoramiento legal. Es un deber fundamental de todo abogado el informar a su cliente de todos sus derechos legales y representarle en juicio. En definitiva, se entiende que en la mayoría de procedimientos judiciales es obligatorio comparecer ante los tribunales debidamente asistido por un abogado, garantizándose así el derecho a la defensa a lo largo de todo el proceso. A razón que, el abogado viene obligado a responder ante su cliente de todos los perjuicios que le cause por malicia, negligencia u omisión, alcanzando esta responsabilidad, tanto el ámbito civil como el criminal. Además, es importante conocer que un abogado no puede representar a partes opuestas, toda vez que lógicamente sus intereses también lo son, pero sí que puede actuar como árbitro entre ellas, y asesorar a ambas con arreglo a derecho.

De modo que, no sería factible sancionar a un abogado sin antes haber analizado si este actuó en función a lo establecido por el Código de Ética del abogado, ya que pudo no haber irrumpido con la norma que limita su ejercicio como abogado y podría estar siendo víctima de la limitación de sus funciones aplicándole un delito que no se subsume al delito de tráfico de influencias ya sea real o simulada, menos aun si su accionar se enmarca a lo regulado por el referido Código de Ética y su Reglamento, por tener un valor de rango reglamentario, teniendo un sustento interpretado literalmente en el numeral 4 del artículo 200° de la Constitución Política del Perú, siendo que garantiza al colegio de abogados autonomía normativa para que establezcan los parámetros que regulan la actuación de los abogados, pero no les delega facultades para legislar y por ello se descarta que tengan rango legal, no obstante, al tener rango reglamentario, significa que están subordinados a la ley, es decir no podrían actuar en contra de la ley. Por lo que, cabe mencionar que a la misma conclusión habría llegado el Tribunal Constitucional al señalar que la autonomía normativa de los colegios de abogados se materializa en su “capacidad para elaborar y aprobar sus propios estatutos, evidentemente, dentro del marco constitucional y legal establecido”, añadiendo que su autonomía (administrativa, económica y normativa) “no puede devenir en autarquía”. Fundamento 6 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 3954-2006-PA/TC.

2.4.15. LA APLICACIÓN EXIMENTE DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DE LA ABOGACÍA EN CASOS DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

Según lo expuesto en este presente trabajo, se ha desarrollado cuales serían los presupuestos que deben cumplirse para tipificar el delito de tráfico de influencias, ante esa referencia, vale decir que el actuar de los abogados es legítimo ya que durante el desarrollo de su ejercicio de la abogacía, no es necesario que un abogado se apersona a los procesos en

trámite, o presente escritos o recursos, pues es una práctica permanente que los abogados realicen una serie de actuaciones que no exigen el protocolo y que están permitidas por las normas sobre el ejercicio de la profesión, como es la gestión de, intereses.
[http://dataonline3.gacetajuridica.com.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates\\$fn=default.html](http://dataonline3.gacetajuridica.com.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates$fn=default.html).

Toda vez que el abogado tiene el deber de ser lo más diligente posible para garantizar los derechos de su patrocinado y lograr el éxito, guardando el secreto profesional, pues el abogado vendría a ser un asistente directo de su patrocinado, en tal carácter debe guiarse por los intereses y necesidades de la defensa de su cliente, ya que este asesora a una persona particular, haciendo que su función y actuación sea conforme a las reglas de la ética, es decir que la práctica de su ejercicio como abogado este imbuida de normas éticas y deontológicas.

En ese sentido, desde el punto de vista legal si el abogado actúa con sujeción a la ley, a lo ético, a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe, no podría configurarse el tipo penal de tráfico de influencias simuladas del ejercicio de la profesión del abogado, entendiéndose que dichas actividades tienen un respaldo en el Código de Ética del abogado y se eximen del delito de tráfico de influencias siempre que el actuar del abogado no traspase los límites de su rol.

Por otro lado Sergio JIMÉNEZ NIÑO (2016) al analizar la Casación 374-2015-Lima, refiere que coincide con el Dr. César Nakazaki, quien fue la defensa técnica de Aurelio Pastor en dicha casación, en tanto que señaló que no es posible realizar el estudio y análisis de una conducta humana vinculada al ejercicio de la profesión de abogado, sin recurrir a las normas que a ella se refieren. Coincidiendo también en que el Colegio de Abogados está en la capacidad de definir qué es un acto de abogacía; también, la norma deberá tomarse en cuenta a fin entender y delimitar su

contenido, con la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código de Ética del Colegio de Abogados del Perú, el Código Procesal Penal y demás normas conexas.

En ese sentido, cita a Taruffo, el cual es mencionado por la defensa técnica, dado que dicho autor señala que los hechos institucionales se definen y determinan por medio de la aplicación de normas jurídicas. Por lo que, el Dr. César Nakazaki es de la idea de que en los hechos institucionales la norma no solo determina la existencia del hecho, sino la prueba del mismo. Así, pone como ejemplo que la deuda tributaria existe y se prueba con la resolución de la determinación de la deuda emitida por la Superintendencia de Administración Tributaria. Por lo que sobre dicho tema a fin de comprenderlo mejor, el autor Sergio Jiménez señala el artículo 82° del Código de Ética del Colegio de Abogados del Perú:

“Artículo 82 - Regulación de la conducta ética de los abogados

El presente Código regula la conducta ética de los abogados. El hecho de que el denunciado sea parte de un proceso penal, civil, laboral, administrativo o de cualquier otra índole, no constituye impedimento para la instauración del procedimiento administrativo disciplinario respectivo, ya que la resolución que se emite es de naturaleza ética y no jurisdiccional”.

Ante lo expuesto se entiende que la existencia de un acto de abogacía criminalizado requiere necesariamente una conducta antiética, cuyo medio de prueba es la resolución sancionatoria del Colegio de Abogados de Lima. Además en la Casación en mención se advierte que Juez Supremo (que formó parte del tribunal que resolvió el caso), literalmente refirió que si bien la tipicidad no se configura, también es un comportamiento justificado; asimismo, la Corte Suprema abordó las causales de justificación sin agotar de manera adecuada la idea de la

configuración de la tipicidad. En ese sentido, es un tema poco claro el tránsito de un nivel de imputación a otro, máxime si se perciben expresiones como “no existe lesión al bien jurídico”.

Al respecto, Sergio Jiménez Núñez (2016) cita a Córdoba Roda al analizar el supuesto planteado, en razón de que si las afirmaciones son objetivamente injuriosas y se han realizado sin el animus requerido por el delito, la conducta sería atípica por falta del elemento subjetivo; empero, si las afirmaciones se realizan con el *animus iniuriandi*, la conducta sería típica y no se podría aplicar la causa de justificación del ejercicio legítimo de un oficio. Entonces, la causa de justificación solo se podría aplicar en los raros supuestos, en los que coexistan el ánimo de ejercer legítimamente la profesión y el *animus iniuriandi*, y en que las expresiones deshonrosas sean necesarias, en una interpretación *ex ante*, para la defensa de los intereses de los clientes.

En ese contexto, se eximen el ejercicio legítimo de la abogacía al delito de tráfico de influencias, siempre que el animus del actuar del abogado sea de buena fe y se mantenga al margen de los medios y procedimientos permitidos por ley.

3. ANÁLISIS DEL PROBLEMA

Existen pocos comentarios respecto al problema planteado en el presente trabajo, de modo que, dichos comentarios están descritos en algunos libros y revistas referentes al delito de tráfico de influencias, más no un análisis sobre la eximente del ejercicio legítimo de la profesión del abogado en casos de tráfico de influencias, toda vez que el Ministerio Público no suele recurrir al Código de Ética del Abogado, antes de tipificar la conducta del sujeto activo en delitos de corrupción de funcionarios,

vulnerando el libre ejercicio de la profesión del abogado, no obstante, ante la disyuntiva de que no toda conducta de un letrado se adecua a dicho Código de Ética, desarrollé el tipo penal del delito de tráfico de influencias a fin de que se conozca que componentes se requiere para que se ejecute dicho delito, y no se vincule la conducta del abogado en el ejercicio de sus funciones con el delito en mención, mientras no medien pruebas relevantes y cuando su conducta no exceda los límites legales.

De manera que, señalé normas relevantes que amparan el libre ejercicio de la profesión del abogado, mientras sea lícito, para que se promuevan que los operadores de justicia penal apliquen con un mejor criterio el delito de tráfico de influencias.

3.1. LEGISLACION NACIONAL

3.1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Título II – Del Estado y la Nación

Capítulo I – Del Estado, la Nación y el territorio

Artículo 44º.- Son deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

3.1.2. EL CODIGO PENAL

Artículo 400º.- Tráfico de Influencias.

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Actualmente nuestro tipo penal de tráfico de influencias se encuentra regulado en el artículo 400º del código penal de 1991, siendo que, desde su entrada en vigencia hasta la actualidad, han existido cuatro reformas legislativas en su texto, no diferenciándose en mucho la descripción típica presente con la prevista originariamente en el código penal de 1924.

3.2. OTRAS NORMATIVAS

3.2.1. Ley Orgánica del Poder Judicial

Artículo 293.- Derecho de defensa irrestricto.

El Abogado tiene derecho a defender o prestar asesoramiento a sus patrocinados ante las autoridades judiciales, parlamentarias, políticas, administrativas, policiales y militares y ante las entidades o corporaciones de derecho privado y ninguna autoridad puede impedir este ejercicio, bajo responsabilidad.

3.2.2. Código de Ética

Artículo 1º.- Las disposiciones contenidas en este Código, son obligatorias para los abogados inscritos en los Colegios de Abogados de la República, miembros de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, cuales quiera sea el ámbito o función que desempeñen.

Todos los abogados sin distinción alguna, deben observar el presente Código, sea que el acto violatorio de las normas éticas se haya cometido en el ejercicio de la profesión, en la actividad pública o privada o cual fuere el cargo que desempeñe, así este provenga de elección popular o por designación.

En consecuencia, el ejercicio del patrocinio judicial y/o administrativo, la consultoría o asesoría, la función jurisdiccional o notarial y cualquier otra para la cual se exija el título de abogado, queda comprendido en los alcances del presente Código. (...)

Artículo 5º.- Esencia del deber profesional del abogado El abogado y la abogada son servidores de la justicia y su

deber profesional es defender los derechos de sus patrocinados, honrando la confianza depositada en su labor; la cual debe desempeñarse con estricta observancia de las normas jurídicas y de una conducta ética que refleje el honor y la dignidad profesional.

Artículo 6º.- Son deberes fundamentales del abogado: 1) Actuar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez, eficacia y buena fe; así como del honor y dignidad propios de la Profesión; 2) Orientar su actuación al servicio preferente de la sociedad y apoyar en especial a los sectores carentes de recursos económicos, para hacer prevalecer el Derecho y alcanzar Justicia; 3) Cumplir oportuna y eficientemente los demás deberes y obligaciones profesionales establecidas en la ley y en las normas del Colegio de Abogados al que pertenece.

Artículo 7º.- Obediencia de la ley El abogado debe obedecer la ley, no debe inducir a otros a que la infrinjan, ni aconsejar actos ilegales. Debe promover la confianza del público en que la justicia puede alcanzarse con el cumplimiento de las reglas del Estado de Derecho. (...)

Artículo 9º.- Deber de veracidad En sus manifestaciones, el abogado debe exponer con claridad los hechos, el derecho aplicable al caso, y las pretensiones de su cliente. No debe declarar con falsedad. El abogado no debe realizar citas doctrinarias o jurisprudenciales inexistentes. (...)

Artículo 12º.- Deberes del abogado con el cliente El abogado presta servicios profesionales a su cliente. Al hacerlo, debe actuar con responsabilidad y diligencia, y está obligado a cumplir con los deberes de información,

confidencialidad, lealtad y demás deberes establecidos en el presente Código. (...)

Artículo 22º.- Renuncia facultativa El abogado puede renunciar al patrocinio cuando:

- a) Existan discrepancias con el cliente respecto de cómo llevar a cabo el patrocinio.
- b) El cliente sea negligente, no brinde la documentación requerida, no colabore con el patrocinio o incumpla sus obligaciones con el abogado.
- c) Medie engaño u ocultamiento del cliente sobre hechos o información relevante para el patrocinio.
- d) El cliente persista reiteradamente en actos indebidos o actuaciones indecorosas respecto de la autoridad, la contraparte o terceros.
- e) No hubiese sido compensado oportunamente por sus servicios.
- f) No pueda representar al cliente adecuadamente.
- g) Por decisión propia, sin expresión de causa.

Artículo 25º.- Sustitución de abogado El abogado que asuma un patrocinio en sustitución de otro, deberá colaborar con el eficiente traslado del mismo. Salvo lo dispuesto por el artículo 42, el abogado sustituido deberá entregar al Cliente o su abogado la información y documentación necesaria para garantizar el debido patrocinio del cliente evitando en todo momento ocasionarle un perjuicio sustancial. (...)

Artículo 27º.- Competencia Es deber del abogado defender el interés del cliente de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional. (...)

Artículo 29°.- Obligación de informar al cliente El abogado tiene la obligación de mantener informado al cliente de todo asunto importante que surja en el desarrollo del patrocinio. Incurrir en responsabilidad el abogado que oculta o retrasa indebidamente información al cliente o le hace falsas o incompletas representaciones del estado de las gestiones encomendadas.

En particular, el abogado debe informar ampliamente sobre los riesgos y alternativas de acción a evaluar para la defensa del interés del cliente.

El abogado debe actuar atendiendo estrictamente a las instrucciones recibidas por el cliente y debe responder prontamente a las solicitudes razonables de información del cliente.

Antes de aceptar un encargo, el abogado debe informar al cliente todas las circunstancias de sus relaciones con terceros que puedan estar inmersas en el asunto encomendado, así como sus intereses personales respecto de la controversia. (...)

Artículo 56°.- Dádivas Sin perjuicio de las responsabilidades legales a que haya lugar, incurre en grave responsabilidad a la ética profesional el abogado que lleva a cabo actos de corrupción, soborno, cohecho u ofrece, aporta o entrega bienes o servicios u otro tipo de beneficios de cualquier índole a la autoridad. El abogado debe instruir a su cliente que no debe ofrecer, directa o indirectamente, regalos, prestaciones en especie, ni otras dádivas o beneficios de cualquier índole a la autoridad. Si su cliente incurre en esta conducta, el abogado tiene el deber de renunciar al

patrocinio, conforme a lo previsto en el artículo 18° del presente Código. Falta gravemente a la ética profesional, el abogado que soborna a una autoridad.

Artículo 57°.- Gestiones privadas Constituye grave infracción a la ética profesional que el abogado trate asuntos que patrocina con la autoridad que conoce de éstos, al margen de los medios y procedimientos permitidos por la ley. (...)

Artículo 63°.- Influencias El abogado no debe utilizar medios que representen una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, sin perjuicio del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Asimismo, el abogado debe instruir a su cliente que no debe ejercer influencia sobre la autoridad apelando a vinculaciones políticas, familiares, de amistad, o de otro tipo que sean ajenas al patrocinio.

4. JURISPRUDENCIAS, PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURISDICCIONALES

4.1. JURISPRUDENCIAS:

A. Invocación de Influencias

El comportamiento típico del delito está dado por el núcleo rector principal “invocar con el ofrecimiento de interceder”, los verbos rectores complementarios “recibir”, “hacer dar”

o “hacer prometer”; los medios corruptores por los sustantivos “donativo”, “promesa” o “cualquier otra venjata” y el elemento finalístico “con el ofrecimiento de”; que contrastando ello los medios de prueba incorporados al proceso, se concluye que está debidamente probado que el procesado ofreció interceder ante la Sala Penal donde se ventilaba el incidente y a cambio de ello, recibió el dinero que previamente habría sido acondicionado (...). Corte Suprema - Expediente N° 1981-2002-Lima.

B. PARTICIPACION DE PARTICULARES

La participación de los particulares en los delitos especiales de infracción de deber, se fundamenta en virtud de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico administración pública, es decir, en la infracción del deber de no dañar, esto es, que la administración puede ser dañada no solo por los *intra-neus* que se encuentran en una situación prevalente en relación al bien jurídico, sino también por los particulares que se encuentran fuera del sistema administrativo; (...). La Primera Sala Penal Transitoria – R.N. N° 4166-2004-Lima.

C. TRÁFICO DE INFLUENCIAS – THEMA PROBANDUM

(...). Así, debe significarse que no obstante que la imputación fiscal da cuenta de que el encausado “ejerció influencias sobre los Magistrados del citado ente [Poder Judicial]” (sic), considerando que le único delito objeto de condena es el de tráfico de influencias, sin concurso con algún otro delito contra la administración pública, el objeto

de prueba que corresponde dilucidar en el presente examen es si el citado encausado recibió o no alguna ventaja patrimonial a cambio de ofrecer (no, de ejercitar efectivamente) dichas influencias (núcleo de la acción típica). Lo contrario, además de desbordar la delimitación típica de dicho injusto penal, importaría invadir el *thema probandum* de otro u otros delitos ajenos a los que han sido materia de procesamiento. Señalando a ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2001) refiere que en efecto, no puede perderse de perspectiva que, conforme lo puntualiza la Doctrina, “en el tráfico de influencias el sujeto activo es un “intermediario” entre el funcionario y el interesado (sin participación del funcionario), o alguien que finge ser intermediario del funcionario público. [Luego] En el caso de que se llegue a ofrecer el “beneficio” al funcionario habrá concurso con el “cohecho activo” consumado (como autor o cómplice, según el dominio del hecho)”; lo que, a su vez, resulta coherente con su fundamento político criminal, desde cuyo ángulo, constituye una “figura (...) de puesta en peligro al bien jurídico administración pública”, y que, en ese sentido, se trata de “un delito de consumación anticipada, en el cual se adelantan las barreras de protección penal”.

- **Prueba Indiciaria.**

Fijados los elementos típicos de la figura penal sub examine, en el ámbito de las exigencias probatorias que deben ser correlativas a éstos, es menester significar que, en tanto los medios corruptores – *donativo, promesa o ventaja*- son de exteriorización tangible, en cambio, la conducta de la orientación o destino probable

de la acción ilícita –*ofrecimiento de interceder*- (en tanto componente teleológico o finalístico), por su naturaleza misma, constituye un elemento solo posible de identificar, **vía inferencia o deducción**, a partir de las referencias contextuales y hechos indiciarios que trascienden autos. En ese sentido, respecto a los supuestos de hecho que calzan en la conducta objeto de reproche, de la mano de la Doctrina, citando a ROJAS VARGAS, Fidel (2007) señala que “...invocar influencias es (...) atribuirse para sí, con relación a terceros, facultades de poder determinar o motivar comportamientos sobre otros, de modo tal que ello posibilite la consecución de propósitos buscos por el interesado. [...] o (...) puede también sustentarse en la falsa percepción, generada en el que da o promete, de los poderes del invocante, quien **se jacta o ufana de poseer influencias aparentes** o sobre los funcionarios o servidores públicos aludidos en el tipo penal...”.

4.2. PLENOS JURISDICCIONALES

IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 3-2015/CIJ-116

Fundamento: Artículo 116º TUO LOPJ.

Asunto: La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas.

Lima, dos de octubre de dos mil quince.-

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 246-2015-P-PJ, de fecha 10 de junio de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial-en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda –en atención a los aportes realizados–, en la sesión de fecha de 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así cómo se establecieron los temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos.

4°. La tercera etapa del IX Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los

Acuerdos Plenarios con la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los seis temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales de orden jurisdiccional que integran.

5°. Atendiendo a la complejidad y a las características peculiares del tema referido a la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas, se decidió, pues, redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar las bases jurídicas correspondientes para así establecer una posición jurisprudencial sólida que responda las inquietudes arriba señaladas. De igual forma, se decidió decretar su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Intervienen como ponentes los señores Villa Stein y Pariona Pastrana.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

(...) § 2. Legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas

12°. La legitimidad de la intervención penal en el caso del tráfico de influencias simuladas atraviesa una encendida discusión doctrinaria. Así, hay quienes consideran que tal supuesto no significa una extralimitación del legislador penal en su rol de titular del establecimiento del concreto modelo de política criminal [Salinas Siccha, Ramiro: Delitos contra la administración pública, Lima 2009, pp. 556 ss.]; otros, por su parte, estiman que la criminalización de los supuestos de influencias simuladas constituye un exceso del legislador penal de su libertad de configuración normativa [Rodríguez Delgado, Julio: “El final de la historia: ¡el interesado en el tráfico de influencias es impune!”, en *Ius et Veritas* (33), 2006, p. 262]. Siendo este el contexto, compete a la máxima autoridad jurisdiccional establecer pautas que permitan determinar si quien invoca influencias irreales supera el nivel de riesgo jurídico-penalmente permitido y, con ello, trasgrede bien jurídico alguno.

13°. Un delito para ser tal debe satisfacer el presupuesto de legitimación penal, esto es, la conducta practicada debe ser jurídico penalmente relevante en el sentido exigido por el principio de lesividad, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código penal, cuya literalidad señala: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. En estricto, el sentido de relevancia penal de la conducta se concreta en el tipo penal como una conducta que en el caso concreto comunica el significado de haber superado el riesgo permitido, o de haber rebasado los límites de la libertad general de acción [Caro

John, José Antonio: Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista, Ara Editores, Lima 2010, pp. 29 ss.]. Obviamente, esta materialización de la superación del riesgo permitido se da mediante la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado en el correspondiente tipo penal.

14°. Dados estos presupuestos, se tiene que el bien jurídico protegido en las influencias reales es el correcto funcionamiento de la administración pública en tanto el sujeto activo logra determinar la voluntad del funcionario o servidor público. El funcionario se corrompe por la influencia que sobre él ejerce el sujeto activo. Pero en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la administración pública [Mir Puig, Carlos: Delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal, en Rojas Vargas, Fidel: Delitos contra la administración pública, 4ª ed., Lima 2007, p. 783], que se ve dañada por el sujeto activo que lucra a costa de ella. Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un delito que lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por cuanto el sujeto activo logra hacer dar o prometer una ventaja económica al afirmar que tiene influencia en la administración pública. Con ello se cumple con el principio de lesividad en tanto la intervención punitiva sólo se legitima ante la lesión de un bien jurídico fundamental, como es el prestigio y buen nombre de la administración pública, la misma que bien puede ser, a modo de ejemplo, el Poder Judicial y sus jueces.

15° En un Estado donde no se criminaliza la conducta de alguien que afirma que sus poderes son corruptos, es un

Estado inviable. De hecho, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que “en modo alguno [...] necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias cuando éstas sean simuladas resulte inconstitucional” [Exp.00017-2011-PI/TC, de 03 de mayo de 2012, F.J. 36]. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala en su artículo 18° que “Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) la solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido”.

Con esto se evidencia que con la criminalización del tráfico de influencias, no solo se está protegiendo bienes jurídicos fundamentales para la sociedad de un Estado de Derecho, sino que se está dando cumplimiento a la Convención contra la Corrupción suscrita por el Perú. Asimismo, en la medida que el Tribunal Constitucional no encuentra disconformidad con la persecución penal del tráfico de influencias simulado, se

entiende que su punición es deseable en tanto optimiza la lucha contra la corrupción.

16° No existe entonces ningún inconveniente para defender el carácter punible, esto es, la relevancia jurídico-penal de la modalidad de tráfico de influencias simuladas del artículo 400° del Código Penal. El invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad; su castigo a nivel penal no es una medida legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva ex ante **en el caso concreto la conducta de invocar sea objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido, como para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública, que, en buena cuenta, garantizan la credibilidad de la administración pública.** Además, en la medida que el injusto de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, como el de las influencias simuladas, consiste en la vulneración de determinados presupuestos que sirven a la seguridad de otros bienes jurídicos, aquellos son, por tanto, delitos de lesión desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, y, consecuentemente, coherentes con el principio de lesividad [Doval País, Antonio: “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”, en Cuadernos de Derecho Judicial (36), 1994, p. 46; Sánchez García De Paz, María Isabel: El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal, Valladolid, 1999, pp. 67 ss. y Martínez-Buján Pérez, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, 3ª ed., Valencia 2011, p. 197].

17°. En consecuencia, en el delito de tráfico de influencias simuladas la acción se reprime por su idoneidad para lesionar

el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública. Esta capacidad lesiva de la acción típica manifiesta, por tanto, una relación efectiva con el bien jurídico protegido, y, con ello, una conformidad con el principio de lesividad.

III. DECISIÓN

18°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación unánime respecto del primer problema (la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias), y también con una votación unánime en lo concerniente al segundo problema (la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas), y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

19°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7° al 11° y del 13° al 17°.

20°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del Estatuto orgánico.

21°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano.

Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
LOLI BONILLA

5. DERECHO COMPARADO

El autor Rojas Vargas Fidel (2007) desarrolla el derecho comparado y/o legislación extranjera del delito de tráfico de influencias, de los países europeos como Italia, España y Portugal. Igualmente, en los países latinos como Colombia, Argentina y Chile. Por lo que, es menester saber que con respecto a algunos países, el Código Penal de Italia (1930) sirvió como base para el Código Penal de Colombia (1980), el cual señalaba que el delito de tráfico de influencias era cometido por cualquier persona, posteriormente en el año (2000) hasta la actualidad, solo es cometido por funcionarios o servidores públicos, sin embargo, ello sirvió como base para instaurar el Código Penal del Perú estableciendo el artículo 400º, el cual refiere que el delito de tráfico de influencias será cometido por funcionarios o servidores públicos, así como también por otros particulares. Ahora bien, nuestra legislación respecto al artículo antes mencionado es comparada con la legislación de los siguientes países:

❖ CONTINENTE EUROPEO

ITALIA (1930)

C. P. de Italia (1930), art. 346 (millantato credito): Quien quiera que atribuyéndose influencia acerca de un oficial público o de un empleado público que preste un servicio público, recibe o hace dar así o a otros, dinero u otra utilidad, como precio de su mediación ante el oficial público o empleado público, será castigado con la reclusión de 1 a 5 años y con multa de 3000 a 20,000 liras.

La pena será de reclusión de 2 a 6 años y multa de 1 millón de liras a 6 millones, si el culpable recibe o hace dar o prometer, a sí o a otro, dinero u otra utilidad, con el pretexto de tener que comprar el favor de un oficial público empleado, o de tener que remunerarle.

ESPAÑA (1995)

C. P. de España (1995), **art. 428º**: El funcionario o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleciéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en mitad superior.

C. P. de España (1995), **art. 429**: El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleciéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con este o con otro

funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de 6 meses a 1 año y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

C. P. de España **(1995), art. 430º**: Los que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años.

PORTUGAL (1995)

Artículo 335º.- Tráfico de influencias: “Quem por si ou interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificacao, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagens patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para abusar da sua influencia, real ou suposta, com o fim de obter de entidade publica encomendas, adjudicacoes, contratos, empregos, subsidios, subvencoes, beneficios ou outras decisoes, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposicao legal”.

❖ **CONTINENTE DE AMÉRICA**

COLOMBIA (1980)

C. P. de Colombia **(1980)**, art. 147: El que invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años, multa de (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

C. P. de Colombia **(2000)**, art. 411: El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cien (100) a doscientos salarios (200) mínimo legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

ARGENTINA (Ley 25.188 que adiciona al Código Penal el art. 256 bis)

Artículo 256º “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a

fin de que este haga retardar o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a 12 años”.

CHILE (1874)

C. P. de Chile **(1874)**, art. 240 bis (2do párrafo): Las mismas penas se impondrán el empleado público que, para dar interés a cualquiera de las personas expresadas en los incisos terceros y final del artículo precedente en cualquier clase de contrato u operaciones en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en él para obtener una decisión favorable a esos intereses.

C. P. de Chile (1874), art. 248 bis: Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multas establecidas en el inciso precedente.

CONCLUSIONES

1. En forma genérica, según su redacción y debido a como se enmarca dentro de los delitos contra la administración pública, concluyo que la invocación de influencias en el ejercicio de la profesión de abogado deberá subsumirse a la tipificación del delito de tráfico de influencias, si fuera el caso que, el abogado no actuaría en función al ejercicio legítimo de su profesión como tal, acorde al Código de Ética del Colegio de Abogados y su Reglamento.
2. En forma específica, después de examinar lo desarrollado en el presente trabajo y en el Pleno Jurisdiccional, respecto al bien jurídico protegido, concluyo que la conducta debe ser jurídico penalmente relevante en la exigencia del principio de lesividad, siendo que la invocación de influencias tendrá que ser objetivamente idónea, en tanto que la intervención punitiva sólo sea legítima ante la lesión de un bien jurídico fundamental, por lo que, para tipificar la conducta del sujeto activo, en este caso de un letrado, deberá valorarse los elementos de convicción pertinentes y legítimos, además, analizarse si existe un nexo causal entre el sujeto pasivo y dicho sujeto activo, para determinar si se ha causado una lesión al bien jurídico protegido, es decir al buen nombre de la administración pública, sin obstruirse el correcto funcionamiento de la administración pública. Por la descripción típica de nuestro tipo penal de tráfico de influencias concluyo que no habrá participación delictiva por parte del sujeto activo (el abogado), si es que su conducta se mantiene dentro del rol del ejercicio de sus funciones como abogado según el Código de Ética y su Reglamento del Colegio de Abogados, por ser esta una norma autónoma; toda vez que, la actividad profesional del abogado, se desarrolla en que lo letrados actúan en representación de litigantes, participando de la común exigencia de acreditar la condición de ser abogados y si bien existen restricciones para el ejercicio conjunto de algunas de ellas, tales como el servicio a la administración pública o a la administración de justicia y la actividad

de representante de litigantes, ello no significa que una o alguna de ellas no sean equiparables como ejercicio profesional de la abogacía.

RECOMENDACION

1. Después de haber desarrollado el presente trabajo, recomiendo que se debe reformar el tipo penal contenido en el artículo 400° del Código Penal, siendo que la pena que se aplica constantemente ha sido burlado, toda vez que, en el Perú difícilmente se judicializan los casos de tráfico de influencias y los que se judicializan terminan aplicándose una libertad condicional, y no escarmienta el accionar ilegítimo del sujeto activo, dejando de lado el daño causado; en ese sentido, la pena que se aplique por infringir el referido delito, deberá ser proporcional, es decir acorde al daño causado, además deberá inhabilitarse.
2. Como segunda recomendación, propongo que en un Libro de Registros, queden asentados los datos de los letrados que pretendan entrevistarse con un Magistrado o Funcionario Público, libro que deberá tener cada Institución para el registro correspondiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Benavente Grández Anthony. (2016). La Tipificación del Delito de Tráfico de Influencias en la Legislación Penal Peruana. Perú: Fac. Derecho USMP. p. 7.
- Casación N° 374-2015-Lima, de fecha 13 de noviembre del 2015. p. 23.
- Hurtado Pozo José. (2005). Interpretación y Aplicación de la Ley Penal Anuario de Derecho Penal. Interpretación y Aplicación del Art. 400 C.P. del Perú: Delito Llamado de Tráfico de Influencias. cit., p. 26.
- Hurtado Pozo José. (2006). Interpretación y Aplicación de la Ley Penal. Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: Delito Llamado de Tráfico de Influencias. Perú: Ed. Doctor Manuel Cerpa C. p. 279, 284.
- Reátegui Sánchez James. (2015). Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal. Perú: Ed. Jurista Editores. p. 750.
- Reátegui Sánchez James. (2015). Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal. cit., p. 760.
- Reátegui Sánchez James. (2015). Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal. cit., p. 746.
- Reátegui Sánchez James. (2015). Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal. cit., p. 754 – 755.
- Reátegui Sánchez James. (2015). Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal. cit., p. 754 – 757.
- Reátegui Sánchez James. (2015). Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal. cit., p. 762.
- Reátegui Sánchez James. (2015). Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal. cit., p. 758.
- Reátegui Sánchez James. (2015). Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal. cit., p. 766-767.
- Reátegui Sánchez James. (2015). Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal. cit., p. 768.

- Reátegui Sánchez James. (2015). Ob. cit., p. 761.
- Rodríguez Delgado Julio A. (2002). El solicitante en las influencias traficadas ¿todos son culpables?. Perú: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS. p. 272.
- Rojas Vargas Fidel. (2007). Delitos Contra la Administración Pública. 4ta ed. Perú: Ed. Grijley. p. 774.
- Rojas Vargas Fidel. (2007). Delitos Contra la Administración Pública. cit., p. 788.
- Rojas Vargas Fidel. (2007). Delitos Contra la Administración Pública. cit., p. 789.
- Rojas Vargas Fidel. (2007). Delitos Contra la Administración Pública. cit., p. 785.
- Rojas Vargas Fidel. (2007). Delitos Contra la Administración Pública. cit., p. 798.
- Rojas Vargas Fidel. (2007). Delitos Contra la Administración Pública. cit., p. 808-809.
- Rojas Vargas, Fidel. (2007). Delitos contra la Administración Pública. cit., p. 19.
- Sergio Jiménez Núñez. (2016). Abogados y su relación con los clientes. Tomo 81.
- Torres Pachas David. (2012). Apuntes Sobre El Bien Jurídico Protegido En El Delito De Tráfico De Influencias. Perú: Ed. Idehpucp. p. 2-3.
- Valdez Silva Francisco Antonio. (2015). El delito de tráfico de influencias: La lesividad de la influencia simulada y el título de imputación del interesado en las influencias. ed. Perú: Enfoque Derecho. p. 4.

PAGINAS VIRTUALES:

- Apuntes sobre el Bien Jurídico Protegido en el Delito de Tráfico de Influencias (07/2012)
- Ejercicio (18/10/2017)

[http://dataonline3.gacetajuridica.com.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates\\$fn=default.html](http://dataonline3.gacetajuridica.com.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates$fn=default.html) (Revisado 20/04/2018)

<http://etimologias.dechile.net/?ejercicio>.<http://etimologias.dechile.net/?profesio.n>-<http://etimologias.dechile.net/?abogado>

<http://etimologias.dechile.net/?influencia>.<http://etimologias.dechile.net/?simular> (Revisado 18/10/ 2017).

http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Comentarios_jurisprudencial2.pdf. (Revisado 06/01/2018)

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F17FBFB805AA55A405257E7C006E7BFF/\\$FILE/ius360_Reparaci%C3%B3n_civil.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F17FBFB805AA55A405257E7C006E7BFF/$FILE/ius360_Reparaci%C3%B3n_civil.pdf). (Revisado 20/05/2018)

Influencia (18/10/2017)

La Reparación civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado: ¿qué derecho no patrimonial se lesiona?. Parte 1.

Tomos digitales de Gaceta Jurídica respecto al tema el delito de tráfico de influencias y la casación de Aurelio Pastor (03/2016)

ANEXO N° 01

ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO REAL

CASACIÓN N° 374-2015

➤ LA CAUSA

La causa para que el ex ministro y actual abogado Aurelio Pastor sea sentenciado en primera y segunda instancia, fue debido a la actividad que realizó en ejercicio de sus funciones como abogado, a razón de que habría invocado influencias simuladas a favor de la interesada Corina de la Cruz Yupanqui, exalcaldesa de Tocache, San Martín, ante un funcionario público, hecho que se concretó con la denuncia que realizó Corina De la Cruz contra Aurelio Pastor, por haberle ofrecido a cambio de 60 mil soles, su intermediación con miembros del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Ministerio Público, destinada a evitar que se consuma un proceso de vacancia desarrollado en su contra. Sin embargo, la Sala Penal Permanente refiere « [...] se realizaron en ejercicio de actos de abogacía» (Considerando 25° de la Casación).

➤ EL EFECTO DE LA SENTENCIA

La sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema no negó los hechos atribuidos al acusado, en punto alguno. Por el contrario, afirmó que eran acciones que « [...] se realizaron en ejercicio de actos de abogacía». Ello tiene diversos efectos. En primer término y aunque no se efectúe expresamente, tiene la nefasta consecuencia de legalizar actos

que configuran el delito de Tráfico de Influencias, al calificarlos como actos de abogacía, si el autor es profesional del Derecho, naturalmente.

Para ello, el Colegiado Supremo manifiesta que el abogado - desde el punto de vista legal- debe actuar con sujeción a ley, y desde lo ético, al principio de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; contenido básico que permite el ejercicio de la abogacía. Frente a ello, el tipo penal de tráfico de influencias se opone a la actividad del abogado, toda vez que algunas conductas no tienen respaldo jurídico.

No obstante, en el caso de tráfico de influencias simuladas, manifiestan que el tratamiento será distinto, pues no hay peligro real de afectar la imparcialidad, objetividad o independencia del funcionario, tampoco existe un acto de corrupción, que sanciona otros tipos penales. Dependiendo del ofrecimiento que se haga, sólo podría existir una apariencia de corrupción de la Administración Pública.

Por ello, y en atención a que existen diversos grados de afectación al bien jurídico, debe analizarse la forma en que cometió el ilícito, a modalidad típica utilizada, la alarma social, entre otros criterios, de ahí que el profesional en derecho podría alegar que actuó dentro del ejercicio de sus funciones, si es que las influencias simuladas que ofrecen implican el uso legal de los medios y recursos para defender un derecho o permitir una actuación pues la afectación será mínima al prestigio de la Administración Pública, por lo que, ante esta lesión menor, el interés que contiene el ejercicio de la abogacía recogido por la Constitución Política del Estado y la libertad de trabajo, que no tiene por fin vulnerar el ordenamiento jurídico, prevalecerá.

Agregan que la justificación elimina el injusto, sin perjuicio de lo que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el Código de Ética citado, que al no tener contenido penal, no es materia de

pronunciamiento y deberá verse en la vía legal correspondiente, pues el derecho penal al ser de última ratio, solo analiza conductas que afectan considerablemente bienes jurídicos (principios de subsidiariedad y lesividad).

Que, en el caso concreto: I. Se ha acreditado que: a) La actividad profesional ejercida es lícita, b) La actuación no rebasó la *lex artis*, y c) El propósito de la intervención estuvo dentro del ámbito del ejercicio de la abogacía. II. El hecho y las circunstancias en que se efectuó, establecen que la conducta del procesado se adecue al ejercicio de la profesión y no debe ser reprochada penalmente. Si existiere otro tipo de responsabilidad (no penal), la afectada lo denunciaría o su Colegiado de Abogados lo investigaría de oficio, de conformidad con el artículo 80 del Código de Ética del Abogado, situación que no se advierte de autos.

Para descartar la presencia de esta causa de justificación, la Sala de Apelaciones señala que el imputado no realizó una defensa, pues no se apersonó a los procesos en trámite, no presentó escritos, recursos o informes, para el estudio de los procesos no contó con la documentación de los expedientes y De la Cruz Yupanqui ya contaba con el patrocinio de Carlos Yabar. No obstante, la el Colegiado Supremo manifiesta que dicho análisis es sobre hechos posteriores al acto imputado como tráfico de influencias simulado, es decir, que para determinar que no cumplen con los supuestos de la causa de justificación, la Sala de Apelaciones se han valido de hechos no relevantes, realizando una motivación aparente, porque según el principio de legalidad, el delito se ejecuta cuando se cumple el núcleo rector “invocando influencias para interceder”. Siendo que constituye una práctica permanente que los abogados realicen una serie de actuaciones que no exigen el protocolo y que está permitido por las normas citadas sobre derechos y obligaciones del ejercicio de la profesión de abogados, como es aquella de la gestión de intereses.

La Sala concluye que en el presente caso no se afectó la antijuricidad material, pues no se quebrantó el contenido de las normas prohibitivas previstas en los artículos 22, 25 y 29 del Código de Ética del Colegio de Abogados del Perú y 57 y 63 del Código de Ética del Abogado, ni se vulneró el bien jurídico objeto de tutela.

Finalmente indica que la Ley 28024 regula la gestión de intereses en el ámbito de la administración pública, para asegurar la transparencia en las acciones del Estado, pero no comprende las realizadas por los abogados en el Poder Judicial, organismos constitucionalmente autónomos y tribunales ante los que se sigue procedimientos administrativos, por lo que no son aplicables ni exigibles sus requisitos.